

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

N°1107576

SOCIETE ATIS

M. Hermitte
Juge des référés

Ordonnance du 19 décembre 2011

54-03-05

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Marseille,

Le vice-président désigné,
juge des référés

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 1^{er} décembre 2011 sous le n°1107576, présentée pour la société ATIS, dont le siège est 55, avenue Boisbaudran, Z.I. la Delorme, à Marseille (13015), prise en la personne de son représentant légal, par Me Lanzarone ;

La société ATIS demande au juge des référés du Tribunal, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

1° à titre principal, d'enjoindre à la communauté urbaine Marseille Provence métropole de lui communiquer les motifs du rejet de son offre, conformément aux dispositions de l'article 80 du code des marchés publics ;

2° à titre subsidiaire, d'annuler la procédure de passation litigieuse ;

3° de mettre à la charge de la communauté urbaine Marseille Provence métropole la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- en méconnaissance des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur ne lui a pas communiqué les motifs exacts du rejet de son offre dès la première lettre de notification de son éviction ;

- la méconnaissance des dispositions de l'article 80 constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dès lors que la motivation du rejet est nécessaire pour contester utilement une décision d'éviction ;

- le courrier de notification du 22 novembre 2011 ne lui permet pas de comprendre les motifs de son éviction ;

- dans ces circonstances, elle est fondée à demander la communication des motifs exacts du rejet de son offre ;

Vu le mémoire, enregistré le 13 décembre 2011, présenté pour la communauté urbaine Marseille Provence métropole, représentée par son président, par Me Mendes Constante, qui demande au juge des référés :

1° à titre principal, de rejeter la requête de la société ATIS ;

2° à titre subsidiaire, d'ordonner la reprise de la procédure au stade de l'analyse des offres ;

3° de mettre à la charge de la société ATIS la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administratif ;

Elle fait valoir que :

- dès lors qu'elle n'a pas fait usage des dispositions de l'article 83 du code des marchés publics, qui permet à tout candidat évincé d'obtenir la communication des motifs détaillés du rejet de son offre, la société requérante ne justifie d'aucun intérêt lésé lui donnant qualité pour agir dans la présente instance ;

- le manquement invoqué, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, est insusceptible d'avoir lésé la société requérante ;

- en tout état de cause, la lettre en date du 22 novembre 2011 par laquelle elle a informé la société ATIS du rejet de son offre est suffisamment motivée au regard des exigences de l'article 80 du code des marchés publics ;

- ainsi, le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics manque en fait ;

Vu le mémoire, enregistré le 14 décembre 2011, présenté pour la société ATIS qui demande au juge des référés :

1° d'enjoindre à la communauté urbaine Marseille Provence métropole de lui communiquer les motifs détaillés du rejet de son offre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue à travers le rapport d'analyse des offres, le procès-verbal signé de l'avis de la commission d'appel d'offres et l'acte portant la décision motivée de la personne responsable en matière d'attribution du marché ;

2° de lui permettre d'organiser sa défense, dans le cadre du présent recours, à la réception des éléments dont la communication est demandée et de suspendre la signature du marché et la décision de rejet de son offre jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la communication des éléments susvisés ;

3° de lui permettre de contester éventuellement les motifs du rejet de son offre, dans le délai susmentionné de quinze jours à compter de la communication des éléments susvisés ;

Elle ajoute que :

- contrairement à ce que soutient la communauté urbaine Marseille Provence métropole, elle n'était pas tenue de formuler une demande en application des dispositions de l'article 83 du code des marchés publics, tendant à obtenir la communication des motifs détaillés du rejet de son offre ;

- les dispositions de l'article 83 ayant pour objet de permettre à un candidat évincé de se faire préciser les motifs du rejet de son offre, elles ne sauraient pallier la carence du pouvoir adjudicateur dans la motivation du courrier de notification d'éviction ;

- imposer aux candidats évincés de formuler une demande en application des dispositions de l'article 83 du code des marchés publics reviendrait à les priver du droit d'exercer un référé précontractuel, le pouvoir adjudicateur risquant de signer le marché entre temps ;

- la communication des notes attribuées aux entreprises sur les différents critères d'attribution du marché ne constitue pas une motivation suffisante au regard des exigences de l'article 80 du code des marchés publics dès lors qu'elle ne lui permet pas de comprendre les raisons concrètes qui ont conduit la communauté urbaine Marseille Provence métropole à considérer l'offre de la société Mgav économiquement plus avantageuse ;

Vu le mémoire, enregistré le 14 décembre 2011, présenté pour la société ATIS qui demande au juge des référés :

1° d'enjoindre à la communauté urbaine Marseille Provence métropole de lui communiquer les motifs détaillés du rejet de son offre en application des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics ;

2° d'annuler la procédure de passation litigieuse en raison des manquements de la communauté urbaine Marseille Provence métropole à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

3° de mettre à la charge de la communauté urbaine Marseille Provence métropole la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle ajoute que :

- en décidant, pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse, de se fonder sur un critère de prix affecté d'un coefficient de pondération de 80% et un critère de délai de garantie affecté d'un coefficient de pondération de 20%, le pouvoir adjudicateur a en réalité fondé son choix sur le seul critère du prix et méconnu les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics ;

- l'offre de la société déclarée attributaire du marché, d'un montant inférieur de 35% à celui de l'offre qu'elle a présentée pour ce lot, aurait dû être rejetée par le pouvoir adjudicateur comme anormalement basse en application des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics ;

- l'offre de la société attributaire du marché, la société Mgav, aurait dû être écartée comme non conforme aux documents de la consultation, dès lors qu'elle ne pouvait contenir le catalogue des tarifs prix publics, la société représentant la marque Schmidt ne le lui ayant pas transmis ;

- les manquements commis par la communauté urbaine Marseille Provence métropole lèse ses intérêts et justifient le présent recours ;

Vu le mémoire, enregistré le 15 décembre 2011, présenté pour la communauté urbaine Marseille Provence métropole, qui conclut aux mêmes fins que dans ses précédentes écritures mais ajoute que :

- il n'appartient pas au juge des référés précontractuels d'apprécier si les critères de sélection retenus par le pouvoir adjudicateur sont de nature à créer une inégalité entre les candidats ;

- en tout état de cause, en pondérant à hauteur de 20% le critère du délai de garantie et à

80% le critère du prix, elle n'a pas méconnu les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics ;

- la différence entre le montant de l'offre de la société requérante et celui de l'offre de la société Mgav s'explique par le fait que la société attributaire a tenu compte, dans ses tarifs, des remises qui lui sont faites, tandis que la société requérante ne l'a pas fait ;

- les critères de sélection des offres étaient, conformément aux dispositions de l'article 53 du code des marchés publics, liés à l'objet du marché ;

- elle a fondé son appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse sur deux critères de sélection et non pas sur le seul critère du prix ;

- il n'appartient pas au juge des référés précontractuels de se prononcer sur le caractère anormalement bas d'une offre, une telle appréciation impliquant de s'attacher à l'analyse des offres par le pouvoir adjudicateur ;

- contrairement à ce que soutient la société requérante, elle n'était pas tenue de mettre en œuvre les dispositions de l'article 55 du code des marchés publics, dès lors que celles-ci instituent une simple faculté au profit du pouvoir adjudicateur et non une obligation ;

- en l'espèce, elle n'a pas souhaité rejeter l'offre de la société déclarée attributaire, dès lors que celle-ci était cohérente et répondait au besoin exprimé ;

- dans ces conditions, c'est à tort que la société requérante fait valoir que le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'article 55 du code des marchés publics

- en tout état de cause, l'offre de la société attributaire n'était pas anormalement basse ;

Vu le mémoire, enregistré le 15 décembre 2011, présenté pour la société ATIS qui réitère les conclusions formulées dans son mémoire du 14 décembre 2011 et fait valoir en outre que :

- à la suite de la communication du rapport d'analyse des offres, il apparaît que l'offre de la société Mgav aurait dû être éliminée, dès lors qu'elle ne correspond pas aux prix publics indiqués dans le catalogue ;

- la commission d'appel d'offres n'a procédé qu'à un contrôle formel des offres et non à une analyse technique ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision du président du Tribunal désignant M. Hermitte, vice-président, comme juge des référés ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir régulièrement convoqué à l'audience du 15 décembre 2011 à 10 heures :

- Me Lanzarone, pour la société ATIS ;

- la communauté urbaine Marseille Provence métropole ;

- la société Mgav ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 15 décembre 2011 à 10 heures, présenté son rapport et entendu :

- Melle Braunstein, élève avocat, en présence de son maître de stage Me Lanzarone, et ce dernier, pour la société ATIS, qui ont repris et développé les écritures et indiqué, en réponse à la question qui a été posée par le juge des référés, maintenir les conclusions à fin d'injonction introduites dans ses mémoires des 1^{er} et 14 décembre 2011 ;

- Me Mendes Constante, pour la communauté urbaine Marseille Provence métropole, qui a repris et développé ses écritures et indiqué, en réponse à la question qui lui a été posée par le juge des référés, que la production enregistrée le 14 décembre 2011 au greffe du Tribunal est une simple communication de pièces et non un mémoire ;

Après avoir prononcé la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience à 10 heures 40 ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 16 décembre 2011, présentée pour la communauté urbaine Marseille Provence métropole, qui persiste dans ses précédentes écritures et observations ;

Considérant que la communauté urbaine Marseille Provence métropole a lancé, sous la forme d'un appel d'offres ouvert, une procédure de passation d'un marché à bons de commande ayant pour objet des prestations de réparation des engins de voirie de marque Schmidt et des prestations de réparation de carrosserie des véhicules équipés avec un poids total autorisé en charge inférieur à 3,5 tonnes et des véhicules avec un poids total autorisé en charge supérieur à 3,5 tonnes ; que la société ATIS, qui a fait acte de candidature et déposé une offre en vue de l'attribution des lots n° 1 et 2 de ce marché, conteste la régularité de cette procédure de passation, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative ;

Sur l'application des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction applicable en l'espèce : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public./ Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages./ Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. » ; que l'article L. 551-10 de ce code dispose que : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. » ;

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes du I de l'article 80 du code des marchés publics : « 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. / Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature. (...) » ; qu'aux termes de l'article 83 du code précité : « Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre » ; qu'il résulte de l'instruction que la société ATIS a été informée du rejet de son offre par un courrier daté du 22 novembre 2011 qui précise, d'une part, les notes pondérées qui lui ont été attribuées pour chacun des deux critères de sélection des offres, ainsi que le classement de son offre en deuxième position, et, d'autre part, le nom de la société attributaire, les notes obtenues par cette dernière et le prix de l'offre retenue ; que ce courrier a été complété, en cours d'instance, par la communication partielle du rapport d'analyse des offres, lequel indique avec un degré de précision suffisant pour lui permettre de les comprendre et d'en apprécier le contenu et la portée, les motifs ayant conduit au rejet de son offre ; que, dans ces conditions, la société ATIS doit être regardée comme ayant bénéficié, en temps utile, d'une information satisfaisant aux exigences de l'article 80 du code des marchés publics ; que, par suite, elle n'est pas fondée à soutenir que la motivation du rejet de son offre serait insuffisante ; que, dès lors, le moyen tiré de l'insuffisance de motivation du rejet de l'offre de la société ATIS doit être écarté ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : « I. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : / 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; (...) / II. - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération. (...) » ; qu'il résulte de l'instruction que le règlement de la consultation prévoyait que l'offre économiquement la plus avantageuse serait appréciée en fonction de deux critères liés à l'objet du marché, un critère de prix affecté d'un coefficient de pondération de 80 % et un critère de délai de garantie affecté d'un coefficient de pondération de 20 % ; que, contrairement à ce que soutient la société ATIS, il ne résulte pas de l'instruction, et notamment du rapport d'analyse des offres, que la communauté urbaine Marseille Provence métropole se serait fondée sur le seul critère du prix pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse ; qu'en décidant de pondérer à hauteur de 20 % le

urbaine Marseille Provence métropole se serait fondée sur le seul critère du prix pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse ; qu'en décidant de pondérer à hauteur de 20 % le critère du délai de garantie et à hauteur de 80 % le critère du prix, la communauté urbaine Marseille Provence métropole n'a pas méconnu les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics ; que, dans ces conditions, la société ATIS n'est pas fondée à soutenir que la communauté urbaine Marseille Provence métropole aurait manqué à ses obligations de mise en concurrence en surévaluant le critère du prix ; qu'au surplus, il résulte de l'instruction que le fort coefficient de pondération affecté au critère du prix par le pouvoir adjudicateur se justifie par la nature même du marché et son objet ;

Considérant en troisième lieu, qu'il n'est pas davantage établi que la commission d'appel d'offres n'aurait pas procédé à une analyse précise des offres déposées en vue de l'attribution du marché en cause ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'aux termes de l'article 55 du code des marchés publics : « Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies. » ; que la société requérante fait valoir que l'offre de la société attributaire, d'un montant inférieur de 35 % à celui de l'offre qu'elle a présentée pour ce lot, aurait dû être rejetée par le pouvoir adjudicateur comme anormalement basse en application des dispositions susvisées de l'article 55 du code des marchés publics ; que toutefois, la communauté urbaine Marseille Provence métropole n'ayant pas entendu rejeter l'offre comportant le prix le plus bas, au motif qu'elle présentait un caractère anormalement bas, elle n'avait pas à mettre en œuvre la procédure organisée par ces dispositions ; qu'au surplus, la seule circonstance que le pouvoir adjudicateur ait retenu une offre dont le prix était relativement bas ne révèle pas une méconnaissance, de sa part, des règles de publicité ou de mise en concurrence ;

Considérant, en cinquième lieu, qu'il ne résulte pas de l'instruction que la société déclarée attributaire du marché n'était pas en mesure de fournir au pouvoir adjudicateur les pièces de marque nécessaires pour l'exécution du marché, ni qu'elle n'aurait pas élaboré son offre de prix à partir des prix constructeur ;

Considérant, en sixième et dernier lieu, qu'il n'entre pas dans l'office du juge des référés précontractuels d'enjoindre à un pouvoir adjudicateur de communiquer les documents élaborés au cours de la procédure de passation qui fait l'objet de sa saisine, à moins qu'il n'estime devoir le faire au titre de son pouvoir d'instruction, pour se prononcer sur les conclusions et moyens dont il est saisi ; qu'en l'espèce, il n'y a pas lieu, avant de statuer sur les conclusions et moyens de la requête, de faire usage de ce pouvoir ; que, par suite, les conclusions ayant directement un tel objet présentées par la société ATIS doivent être rejetées ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, que la requête de la société ATIS doit être rejetée ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il

peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. » ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la communauté urbaine Marseille Provence métropole, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, verse une somme sur leur fondement à la société ATIS ; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la société ATIS une somme de 1 500 euros en application de ces mêmes dispositions, au titre des frais non compris dans les dépens exposés par la communauté urbaine Marseille Provence métropole dans la présente instance ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la société ATIS est rejetée.

Article 2 : La société ATIS versera à la communauté urbaine Marseille Provence métropole une somme de 1 500 (mille cinq cents) euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société ATIS, à la communauté urbaine Marseille Provence métropole et à la société Mgav.

Fait à Marseille, le 19 décembre 2011.

Le vice-président désigné,
Juge des référés,

signé

G. HERMITTE

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône en ce qui le concerne et à tous huissiers à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution du présent jugement.

Pour expédition conforme,
Pour le greffier en chef,